Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. MED. BAT. BIBL.

Franz Wein

aus Landshut

Rechtspraktikant am Landgericht München I.

Approbiert am 20. Juni 1908.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1908.

26

Referent: Univ.-Professor Dr. **Allfeld.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Kritik der bisherigen Lösungen des Problems.

A. Der Heileingriff keine Körperverletzung 3
B. Der Heileingriff eine rechtmäßige Körperverletzung 6
I. Berufsrecht 7
II. Einwilligung 8
III. Gewohnheitsrecht 12
IV. Notwendigkeit 13
V. Anerkannter Zweck 13
VI. Geschäftsführung ohne Auftrag 15

Zweiter Teil.

Rechtfertigung des Heileingriffs durch das Prinzip des überwiegenden Interesses.

I. Das Prinzip und seine Anerkennung durch die Rechtsordnung im allgemeinen 19
II. Das Prinzip und die Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit im Strafrecht 25

Seite

III. Das Prinzip und der Heileingriff 33
1. Mit dem Willen des Patienten 34
2. Gegen den Willen des Patienten 39
3. Ohne ausdrücklichen Willen des Patienten . . . 41

Anhang.

I. Experiment 44
II. Transplantation u. ä. 47
III. Perforation 49

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht. In der Göttinger Festschrift für Regelsberger 1901.

v. Bar im Gerichtssaal Bd. 60 S. 81 ff.

Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht. Im Gerichtssaal Bd. 62 S. 400 ff. 1902.

Brückmann in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 24 S. 657.

Dietrich, Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. 1896.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.

Dührßen, Strafgesetzbuch und ärztliche Operationen. In der Medizinischen Woche 1902 S. 1 ff.

Finger in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 20 S. 12 ff.

Flügge, Das Recht des Arztes. 1903.

Galli im Recht Bd. 9 Heft 5.

Heimberger, Strafrecht und Medizin. 1899.

Hellwig, Stellung des Arztes.

v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. In der Heidelberger Festgabe für Bekker. 1899.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.

Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen usw. 1895.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts. 1907.

Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. 1892.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. §§ 677—687.

Rosenberg im Gerichtssaal Bd. 62 S. 63 ff.

Rotering in Goltdammers Archiv Bd. 30 S. 179 ff.

Schmidt, Rich., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. 1900.

Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. 1898.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 99 S. 1 ff.

Einleitung.

Der innere Grund altgewohnter Lebenserscheinungen, die, weil immer wiederkehrend, dem Gefühl des Laien „selbstverständlich“ werden, bietet der wissenschaftlichen Erfassung oft die größten Schwierigkeiten. So dürfte es der Nichtjurist und insbesondere der Mediziner fast für unglaublich halten, daß in der Rechtswelt ein so heftiger Streit herrscht über die ihm so müßig erscheinende Frage: Warum ist der Heileingriff nicht strafbar?

Und doch ist eine befriedigende Antwort hierauf durchaus nicht von bloß akademisch-theoretischer Bedeutung. Die große praktische Tragweite der Frage kommt dann sofort zum Bewußtsein, wenn ein Arzt wegen eines solchen Eingriffs sich vor dem Richter zu verantworten hat. Heute sind wir vielleicht weiter als je von einer Übereinstimmung der Anschauungen entfernt; aber gerade die Divergenz der Meinungen ermutigt den Verfasser, auch mit seiner Betrachtungsweise hervorzutreten, welche die Lösung des Problems zu finden glaubt im

Prinzip des überwiegenden Interesses.

Erster Teil.

Kritik der bisherigen Lösungen des Problems.

Die Rechtswissenschaft hat das Bestreben, alle Lebensverhältnisse ihren Normen zu unterwerfen, sie alle aus ihren Grundsätzen zu erklären und zu rechtfertigen. Diesem idealen Streben nach restloser systematischer Einordnung stellt das praktische Leben schwierige Aufgaben, indem es den Prinzipien der Doktrin anscheinend widersprechende Tatsachen entgegensetzt, die man erst allseitig untersuchen und beleuchten muß, bis eine Betrachtungsweise es endlich doch ermöglicht, auch dieses „Problem" mit den Anschauungen der Rechtsordnung in Einklang zu bringen.

Der Standpunkt, den man bei der Betrachtung des vorliegenden Problems, der Rechtfertigung des Heileingriffs, einnahm, war ein sehr verschiedener, und verschieden war demnach auch das Resultat und der Umfang der Fälle, die sich unter diesen Gesichtspunkten rechtfertigen ließen. Mächtig ist die Literatur

über unsere Frage angeschwollen, und der Gegensatz der Meinungen hat auch eine lebhafte und fruchtbare Kritik gezeitigt, welche wechselseitig die Schwächen der einzelnen Theorien beleuchtete.

Infolgedessen kann ich mich, um nicht oft Gesagtes abermals zu wiederholen, auf das Wesentliche bei meinen kritischen Betrachtungen beschränken.

Ein Überblick über die Literatur zeigt klar die Scheidung in zwei Hauptgruppen:

In dem einen Lager vertritt man die Anschauung: der Heileingriff läßt sich überhaupt nicht unter den Tatbestand der Körperverletzung subsumieren, bedarf also auch keiner besonderen Rechtfertigung.

Im anderen Lager geht man von der Ansicht aus, daß der Heileingriff zwar an sich den Tatbestand der Körperverletzung erfülle, seine Rechtswidrigkeit aber ausgeschlossen sei. Über das Resultat herrscht Einigkeit, über den Grund der Rechtfertigung aber lebhafter Widerstreit.

A.

Wenden wir uns zunächst der ersten Gruppe zu, als deren hervorragendste Vertreter Stooß, Heimberger, Heß, Frank, Binding, Kitzinger und v. Bar zu nennen sind.

Ohne auf die im einzelnen voneinander abweichenden Theorien näher einzugehen, möchte ich nur die wesent-

lichsten Beweisgründe hervorheben, auf welche sich die gemeinsam verteidigte These stützt.

Der „angemessene" Heileingriff — und nur von diesem ist hier die Rede — ist keine Körperverletzung, weder

a) subjektiv; denn die Willensrichtung des Operierenden hat nicht die Verletzung, sondern die Heilung zum Ziele. Der Vorsatz, zu heilen, schließt den, zu verletzen, aus.

Diese Ansicht beruht auf einer Verwechslung von Vorsatz und Absicht (Endzweck). Welcher Vorsatztheorie man sich auch anschließen mag, immer ist unter dem Erfolg, auf welchen sich der Vorsatz erstreckt, jene Veränderung in der Außenwelt zu verstehen, die unmittelbar durch die Ausführungshandlung herbeigeführt wird; dieser maßgebende primäre Erfolg ist in unserem Fall aber die Wunde, der Schmerz usw., und daß sich auf diesen Erfolg der Wille des Arztes erstreckte, kann natürlich nicht bestritten werden; noch

b) objektiv — und hierauf beruht der Schwerpunkt der Darlegungen. Die angemessene Behandlung läßt sich nicht unter den Tatbestand der Körperverletzung subsumieren, da sie weder Mißhandlung noch Gesundheitsbeschädigung ist:

nicht Mißhandlung; denn schon der Sprachgebrauch deute darauf hin, daß das angemessene Behandeln nicht gleichzeitig „miß"handeln sein könne („miß" = verkehrtes, unangemessenes Handeln);

nicht Gesundheitsbeschädigung, sondern im Gegenteil Gesundheitsförderung. Die Zwischenerfolge; und eventuellen schädlichen Nebenwirkungen dürfen gegenüber dem angestrebten Haupterfolge nicht berücksichtigt werden; sie ändern nichts an der eigentlichen Grundfärbung der Heilung als einer rechtmäßigen Handlung.

Die philologischen Gegenargumente, welche man zur Widerlegung der Theorie, soweit sie sich auf den Sprachgebrauch stützt, angeführt hat,[1]) haben wenig Bedeutung; denn eine Folgerung der Verbalinterpretation ist juristisch nicht so überzeugend wie eine aus dem Wesen der Sache geschöpfte Begründung. Wohl jede Operation ist aber ihrer Natur nach mit Schmerzzufügung und einer wenigstens vorübergehenden Gesundheitsschädigung verbunden! (sollten Schmerzen auch tatsächlich durch Narkotika ausgeschlossen sein, so fällt eben wieder die Narkose unter die Gesundheitsbeschädigung), erfüllt also den Tatbestand der Körperverletzung, und dieser Charakter des Heileingriffs tritt am klarsten hervor im Fall des Mißerfolges. Hier zeigt sich, daß der sogen. „Zwischenerfolg" eben doch von Bedeutung für die Beurteilung der Handlung als Körperverletzung ist. Wenn z. B. eine Nervenresektion vorgenommen wird und das Leiden sich verschlimmert, trotzdem der Schnitt nach den Regeln der Wissenschaft ausgeführt

[1]) v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht S. 15 16: „miß" = nicht nur verkehrt, sondern auch unangenehm, „verletzen" = nicht nur „schädigen", sondern auch „wundmachen".

war, so wird man dem Eingriff den Charakter der Körperverletzung nicht absprechen können. Die Hoffnung auf günstigen Erfolg, die Stooß dem wirklichen Erfolg gleichstellen will, ist nur ein unbeachtlicher Irrtum im Motiv (§ 59 StGB.).

Eigentümlich ist dieser Theorie, daß sie den gewünschten Enderfolg antizipiert, und dies hat seinen Grund in dem Streben, den Arzt vor der „capitis deminutio" zu bewahren, daß der Jurist seine segensreiche Tätigkeit als eine wenn auch gerade nicht strafbare „Körperverletzung" bezeichnet.

Diese ethisch-subjektive Färbung, die der Tatbestand der Körperverletzung dadurch erhält, trübt den klaren sachlich-anatomischen Begriff. Fassen wir aber diesen ins Auge, so kommen wir zu der Erkenntnis, daß der Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt.

Damit fällt die Theorie der ersten Gruppe und ihre überraschend einfach erscheinende Lösung erweist sich leider vom Standpunkt der Wissenschaft als unhaltbar.

B.

Der Heileingriff läßt sich also unter den Tatbestand der Körperverletzung subsumieren; dennoch ist er nach allgemeiner Rechtsüberzeugung nicht strafbar. Es muß also eines der konstitutiven Deliktsmerkmale fehlen, und schon eine flüchtige Betrachtung zeigt, daß nur im Ausschluß der Rechtswidrigkeit die Lösung des Problems

zu finden ist. Diesem Ziele strebte man seit langer Zeit auf immer neuen Wegen entgegen.

I. Die älteste, von Hugo Meyer begründete, nun allgemein verlassene Theorie statuiert ein Berufsrecht des Arztes, das die innerhalb der Grenzen des staatlich anerkannten Berufs vorgenommenen Handlungen rechtfertigt. Die Quelle dieses Rechtes ist wie beim Polizeibeamten die formelle Approbation.

Abgesehen davon, daß dieser staatlichen Befugnis begrifflich als Korrelat eine Pflicht[1]) des Publikums zur Duldung entspräche, eine Unterwerfung unter den Willen des Arztes, die bei der Wandelbarkeit der ärztlichen Anschauungen absolut unangebracht wäre, zeigt sich die Hinfälligkeit der Theorie in folgenden Konsequenzen.

Der approbierte Arzt dürfte jeden, der nicht approbierte keinen Eingriff vornehmen, und sei er noch so harmlos — wie z. B. das Aufstechen einer Brandblase —, ohne sich einer Körperverletzung schuldig zu machen. Daß eine solche Rechtsgestaltung zumal in einem Lande, wo selbst das Heilgewerbe freigegeben ist, im Widerspruch mit dem allgemeinen Rechtsempfinden steht, bedarf keines Beweises.

Eine andere Konsequenz: Der ausländische Chirurg, dessen Approbation im Inland nicht anerkannt ist, wäre

---

[1]) Ausnahmsweise besteht tatsächlich ein solches Berufsrecht des Arztes und eine ihm entsprechende Duldungspflicht des Publikums, z. B. im Impfgesetz.

z. B. wegen einer noch so kunstgerecht vorgenommenen Amputation zu schwerer Freiheitsstrafe zu verurteilen.

Bei solchen Folgen der Theorie erscheint es ohne weiteres klar, daß der Rechtfertigungsgrund nicht in dem formellen Moment der Approbation liegen kann.

II. „Die Einwilligung ist allein Grund und Grenze der Straflosigkeit", lehrt das Reichsgericht (Entsch. Bd. 25 S. 375 ff.), obwohl es im übrigen bei Körperverletzungen der Einwilligung die rechtfertigende Kraft abspricht. Vergeblich bemüht sich der Oberreichsanwalt im Anschluß an Hälschner, den Vorwurf der Inkonsequenz zu vermeiden durch die Konstruktion einer sittlichen Pflicht zur Operation, die ausnahmsweise der Einwilligung Wirksamkeit verleihen soll; eine solche „Pflicht" läßt sich aber wohl nicht ernstlich aufrechterhalten.

Hat diese Theorie auch den Vorzug, eine feste Grenze der Rechtfertigung zu normieren, so ist gerade dieser Vorzug auch die Quelle schwerwiegender Mängel.

Denn wäre die Einwilligung allein der Rechtfertigungsgrund, so wären alle mit Zustimmung des Patienten vorgenommenen noch so frivolen, noch so verfehlten Eingriffe rechtmäßig, alle noch so kunstgerechten Operationen mit Gefängnis, vielleicht sogar mit Zuchthaus zu bestrafen, wenn die Einwilligung nicht vorlag.

Und wie häufig kommt es vor, daß ein Heileingriff dringend notwendig erscheint, ohne daß man die Zustimmung des Patienten einholen kann.

Man denke nur an die so oft erörterten Fälle der Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit usw. Das Reichsgericht sucht die Schwierigkeiten durch eine Präsumtion zu umgehen; es sieht in der nach den Umständen zu vermutenden Einwilligung ein Surrogat für die tatsächlich fehlende Zustimmung. Diese Konstruktion, die sicher praktisch zu ganz brauchbaren Resultaten führt, vermag die juristische Theorie nicht zu billigen; denn abgesehen, daß eine Präsumtion immer willkürlich ist und hier im Falle des Selbstmordversuchs sich zur wahren Fiktion verwandelt, vermag überhaupt[1]) „die präsumtive Einwilligung weder die subjektive und noch weniger die objektive Rechtswidrigkeit auszuschließen". Denn in diesem Fall handelt es sich ja nicht um einen Irrtum über das tatsächliche Vorliegen der Einwilligung, wodurch event. die subjektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden könnte; der Operierende weiß ja, daß der Rechtfertigungsgrund, die Einwilligung, nicht erteilt worden ist.

Die Einwilligung mag, wo sie vorliegt, einen Rechtfertigungsgrund für den Eingriff darstellen, aber sie ist nicht der einzige für alle Fälle ausreichende; sie vermag dem Arzt nicht die nötige Freiheit und Sicherheit gegen Anklagen und Verurteilungen zu gewähren. Wo aber die Rechtmäßigkeit der Verletzung einer fremden

[1]) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99.

Rechtssphäre aus diesem Gesichtspunkt hergeleitet werden soll, hängt die Wirksamkeit von folgenden Erfordernissen ab: Sie muß ernstlich, ausdrücklich vorher oder wenigstens während der Ausführungshandlung kundgegeben und dem Täter bekannt sein;[1]) ferner darf sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen und muß endlich von dem Träger des Rechtsguts erteilt sein. Dessen Verfügungsfähigkeit hängt aber von einer subjektiven und einer objektiven Voraussetzung ab.

Die subjektive Verfügungsfähigkeit kann man nicht ohne weiteres mit der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit des bürgerlichen Rechts identifizieren, denn die Bestimmung über die leibliche Integrität, das nächste, persönlichste Gut, erfordert einen geringeren Grad geistiger Reife und Erfahrung als der Abschluß verpflichtender Rechtsgeschäfte.

Es ist also auch die Einwilligung eines noch Minderjährigen für wirksam zu erachten, wenn er die erforderliche Verstandesreife besitzt. Die Feststellung wird man bei der großen Verschiedenheit der intellektuellen Entwicklung der Beurteilung des konkreten Einzelfalls durch den Richter überlassen müssen; wollte man aber doch eine Normalgrenze ziehen, so spricht für die Festlegung auf das 18. Jahr der Umstand, daß dasselbe Alter auch zum Antrag bei leichten Körperverletzungen berechtigt.

Die objektive Verfügungsfähigkeit setzt voraus, daß das in Frage stehende Rechtsgut ausschließlich oder doch

[1]) vgl. Meyer-Allfeld, Lehrb.

vornehmlich um seines Trägers willen geschützt ist, daß es also in dessen Belieben steht, die „Schutznorm wachzurufen“ oder nicht, während ein Interesse der Allgemeinheit nicht oder nur in geringerem, sekundärem Grade vorhanden ist.

Welche Güter in die Disposition des Individuums gestellt sind, hängt von den jeweiligen Anschauungen über das Verhältnis des einzelnen zur Gesellschaft ab. Während der Germane einst sogar über seine Freiheit verfügen konnte, gibt es heute, wo die Erstarkung des Staatsbegriffs das Individualitätsprinzip mehr und mehr verdrängt, immer weniger Güter, bei denen sich nicht auch ein Interesse der Allgemeinheit an ihrer Erhaltung nachweisen ließe, das dem Träger die Verfügungsfreiheit benimmt.

Ob nun die Integrität des Körpers zu diesen Gütern gehört, ist eine alte Streitfrage, die meines Erachtens zu bejahen ist, aber mit der Modifikation, daß der Zustimmung zu der Verletzung nur so weit rechtfertigende Kraft zukommt, als sie nicht gegen die guten Sitten verstößt. Denn die Einwilligung ist eine Willenserklärung, die eine rechtliche Befugnis zu verleihen bezweckt; sie ist also wie jede andere Willenserklärung, die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist, unwirksam, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Diese neuerdings von Zitelmann[1]) vertretene Interpretation läßt sich mit den Anschauungen

[1]) a. a. O.

des geltenden Rechts ohne Zwang in Einklang bringen. Sie gibt eine wohl beiden gegnerischen Meinungen entsprechende vermittelnde Lösung der Frage. Sie erklärt, warum die leichten Körperverletzungen, wie Stöße, Hiebe beim Boxen, Fechten usw., straflos sein müssen, weil die hier vorliegende gegenseitige Einwilligung in Anbetracht des guten Zwecks der körperlichen Ausbildung als sittlich und darum wirksam erscheint. Sie beschränkt aber auch die zu unerträglichen Konsequenzen führende Meinung derer, die bei Vorliegen der Einwilligung jede Körperverletzung als rechtmäßig erachten. Auch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nur dann wirksam, wenn sie nicht gegen die guten Sitten verstößt. Doch kann sich aus dem Verhältnis der gesetzlichen Vertretung eine Komplikation dann ergeben, wenn z. B. der Vormund die Zustimmung zur Operation erteilt, während der Minderjährige, dem man aber die nötige Verstandesreife zuerkennen muß, sich weigert. Eine unter solchen Voraussetzungen vorgenommene Verletzung der körperlichen Integrität ist wenigstens unter dem Gesichtspunkt der Nötigung rechtswidrig und strafbar.

III. Der im Gewohnheitsrecht anerkannte ärztliche Zweck schließt die Rechtswidrigkeit aus.

Oppenheim, der Begründer dieser bahnbrechenden Theorie, hat dadurch, daß er den Rechtfertigungsgrund nicht in einem von außen hinzutretenden Moment — Approbation, Einwilligung — sondern im Wesen des Heileingriffs selbst suchte und auf das Gewohnheitsrecht

als die Rechtsquelle hinwies, wohl den rechten Weg vorgezeichnet. Die Bedeutung seiner Lehre zeigt die Zahl seiner Anhänger, die auf diese Basis ihre Theorien gründeten.

Oppenheims Idee war m. E. richtig; der Nachweis aber ist mißglückt. Denn die von ihm aufgestellten Regeln mögen ja die ärztlichen Anschauungen im wesentlichen richtig wiedergeben, daß sie aber der Rechtsüberzeugung des Volkes, des Urhebers des Gewohnheitsrechts fremd sind, zeigt ihre allzu kasuistische, allzu komplizierte Fassung. Gewohnheitsrechtsätze sind klar und einfach.

IV. Die Notwendigkeit rechtfertigt den ärztlichen Eingriff, ohne daß es noch eines derogierenden Gewohnheitsrechts bedürfte, meint Dietrich, der im übrigen sich Oppenheims Ausführungen anschließt. Er übersieht dabei, daß ein Satz der Vernunft, so berechtigt er auch erscheinen mag, nur dann und soweit einen Einfluß auf das positive Recht zu üben vermag, wenn er auch formell durch eine der beiden Rechtsquellen anerkannt ist. Würde eine Forderung der Logik ohne weiteres als Ausnahmerechtssatz gelten, so wäre z. B. eine Bestimmung über den Notstand überflüssig.

V. Auch die von Lilienthal begründete und zur Zeit herrschende Zwecktheorie geht auf Oppenheim zurück. Die Lehre läßt sich mit den Worten Liszts kurz dahin definieren:

„Wenn der Staat einen bestimmten Zweck anerkennt und fördert, so sind alle die notwendigen und zweckentsprechenden Mittel zur Erreichung dieses Zwecks mitgedeckt".

Der rechtfertigende Zweck ist also nicht bloß ein individueller, „psychischer", sondern ein „realer", von der Allgemeinheit anerkannter. Die Einwilligung ist nicht Grund der Rechtfertigung, sondern lediglich Bedingung für die Auslösung der ärztlichen Befugnis.

Die Vertreter dieser Lehre weichen darin von einander ab, daß die einen sich mit dem logischen Schluß von der Anerkennung des Zwecks auf die der Mittel begnügen, während die anderen — insbesondere Schmidt[1]) und Behr[2]) — noch nach einer formellen Anerkennung der von ihnen als Maßstab der Rechtfertigung aufgestellten „medizinischen Regel" durch das Gewohnheitsrecht suchen.

Der oben angeführte Schluß von der Anerkennung des Zwecks auf die Anerkennung der Mittel ist zweifellos richtig, aber nicht vollbefriedigend, denn die Lösung der Frage stützt sich im wesentlichen nur auf die äußere Tatsache der staatlichen Anerkennung des Zwecks, also nur auf die formelle Rechtmäßigkeit. Zugegeben, daß dieser Nachweis einer Billigung des Gesetzgebers genügt,

---

[1]) Richard Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes usw. 1900.

[2]) Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, im Gerichtssaal Bd. 62 S. 400.

um die Rechtswidrigkeit auszuschließen, überzeugend aber für das Rechtsgefühl wird die Lösung derartiger Probleme erst, wenn sich dieser Recht schaffende Machtspruch des Staates auch vom Standpunkt der Vernunft als innerlich berechtigt erweist, mit anderen Worten, wenn sich für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit auch eine materielle Grundlage findet.

VI. Die Rechtfertigung des Heileingriffs unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ist die jüngste von Rosenberg[1]) begründete, von Zitelmann a. a. O. ausgestaltete Theorie. Sie erstreckt sich nur auf die Fälle, wo die Einwilligung nicht erteilt und wegen der Dringlichkeit des Heileingriffs nicht abgewartet werden kann. Sie erstrebt die Lösung des Problems auf völlig neuem Wege, sucht das bürgerliche Recht mit dem Strafrecht in Einklang zu bringen und führt zu sehr brauchbaren Resultaten, aber ihre Begründung ist m. E. leider nicht überzeugend.

Wir wollen diese Theorie nicht in ihrer ursprünglichen Fassung, deren Mängel Brückmann[2]) genügend nachgewiesen hat, betrachten, sondern in der neuen Durchbildung und Vertiefung, die sie in Zitelmanns[3]) glänzender Abhandlung gefunden hat, und hier stellt sich diese Lehre kurz folgendermaßen dar:

---

[1]) Gerichtssaal Bd. 62 S. 81 ff.

[2]) ZStW. Bd. 24 S. 657 ff.

[3]) a. a. O. S. 101 ff.

Die nützliche Geschäftsführung gewährt unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen ein Recht zum Eingriff in eine fremde Rechtssphäre.

Der Heileingriff ist eine nützliche Geschäftsführung; folglich ist er unter den gleichen Voraussetzungen rechtmäßig.

Daß die Operation unter den Begriff der Geschäftsführung fällt, ist zuzugeben. Denn im Sinne des Gesetzgebers ist „Geschäft" wohl möglichst weit zu fassen, also etwa gleich „Angelegenheit"; auch ist es nicht nötig, daß die Tätigkeit dem Geschäftsherrn lediglich abgenommen wird, daß dieser sie also sonst selbst vorgenommen hätte, sondern es genügt, daß der Geschäftsführer den gleichen Zweck verfolgt. Der ärztliche Eingriff kann also eine Geschäftsführung ohne Auftrag sein, ja er ist sogar eines der schönsten Beispiele der sogen. „Menschenhilfe". Aber wollte denn wirklich das BGB. §§ 677—687 mit diesen Normen ein Prinzip statuieren, das den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zum Zweck der nützlichen Geschäftsführung in gleicher Weise gestattet wie etwa im Falle des Notstandes nach § 904 BGB.? Wohl begünstigt es diese meist aus altruistischen Motiven hervorgehende Tätigkeit, aber um dieses Verhalten zu einem Prinzip von so einschneidender Wirkung zu steigern, mußte dieser Wille des Gesetzgebers doch zu viel klarerem Ausdruck kommen.

Auch Zitelmanns spezielle Argumentation aus §§ 677 u. 678 vermag nicht von der Existenz eines solchen Grundsatzes zu überzeugen.

Das Gesetz (§ 677) verpflichtet zwar den Geschäftsführer zur sachgemäßen Durchführung des einmal übernommenen Geschäfts, aber aus diesem Gebot läßt sich nicht auf die Rechtmäßigkeit der Einmischung schließen. Denn nicht für diese besteht die Verpflichtung, sondern sie ist nur eine an die Tatsache des Eingriffs geknüpfte Folge, ohne daß darin ein Urteil bezüglich der Rechtmäßigkeit der vorausgesetzten Einmischung ausgesprochen wäre.

Wenn Zitelmann aus § 678 folgert, daß nur in diesem Falle, wo der Geschäftsführer bewußt gegen den Willen des Geschäftsherrn handelt, eine Schadensersatzpflicht und damit die Rechtswidrigkeit ausgesprochen sei, so beruht die sich hieraus ergebende Rechtmäßigkeit der nützlichen Geschäftsführung auf einem Trugschluß. Denn aus § 678 läßt sich nur entnehmen, daß sich in den übrigen Fällen Schadensersatzpflicht nach allgemeinen Grundsätzen regelt.[1])

So wenig z. B. aus der Kostenersatzpflicht des § 1715 BGB. sich die Rechtswidrigkeit des außerehelichen Beischlafs folgern läßt, so wenig läßt sich aus der Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechtmäßigkeit der Einmischung herleiten. Hier wie dort wollte der Gesetzgeber lediglich die obligatorischen Folgen regeln, ohne über die Frage

---

[1]) vgl. Planck, Komm. z. BGB. Vorbem. 5 zur Geschäftsführung ohne Auftrag.

der Rechtmäßigkeit ihrer Voraussetzung ein Urteil zu fällen.

Das Ergebnis dieser kritischen Betrachtungen ist also, daß keine der bisher aufgestellten Theorien das Problem der Rechtmäßigkeit des Heileingriffs vollbefriedigend zu lösen vermag.

Zweiter Teil.

Rechtfertigung des Heileingriffs durch das Prinzip des überwiegenden Interesses.

I. Das Prinzip und seine Anerkennung durch die Rechtsordnung im allgemeinen.

Die Rechtsordnung ist Friedensordnung; sie ist die vernünftig-sittliche Regelung des Gemeinlebens, die Versöhnung des Widerstreits des individualen und des sozialen Triebes in der menschlichen Natur. Der individuale strebt nach ungehinderter Willensbetätigung, ungehindert durch den Genossen, ungehindert durch die Gesamtheit; der soziale verlangt Gleichberechtigung der Glieder und organische Ordnung unter eine höhere Einheit. Die richtige Linie zu normieren für die Abgrenzung der Einzelrechtssphären, die Autorität der Gesamtheit zu wahren, ohne die für das Gedeihen des Ganzen erforderliche Entfaltung des Individuallebens zu hemmen, mit anderen Worten, die „Friedensformel" für die Kollisionen

der sich bekämpfenden *Interessen* zu finden, das ist die schwierige Aufgabe der Rechtsordnung.

Zweifacher Art ist dieser Widerstreit der Interessen:

entweder sie schließen einander *nicht* aus, sondern sie hemmen sich nur gegenseitig in ihrer vollen Entfaltung, so daß es zur Lösung der Kollision nur der Normierung einer Grenzlinie bedarf,

oder sie schließen einander aus: die Geltendmachung des einen bedeutet die Vernichtung des anderen: das ist der Fall des *wahren Interessenkonflikts*.

Hier stehen die Interessen, deren Wahrung die Rechtsordnung an sich als berechtigt und wünschenswert anerkennt, in der Weise einander gegenüber, daß nur durch die Aufopferung des einen das andere erhalten werden kann.

Welches Interesse soll aber aus einem solchen Kampf um die Existenz als das siegreiche hervorgehen? Vernünftigerweise: das wertvollere.

Wie der einzelne, wenn er vor der Alternative steht, das eine oder das andere Gut zu opfern, verständigerweise jenes preisgibt, welches ihm als das geringere erscheint, so wird auch der Recht schaffende Gesamtwille, der einen solchen Konflikt entscheiden soll, dieser Forderung der Vernunft folgen und jenes Interesse wahren, welches ihm von höherem sozialen Wert erscheint, mit anderen

Worten, er wird eine solche Kollision lösen nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses.

Diesen überwiegenden sozialen Wert des Interesses im Kollisionsfall festzustellen, ist natürlich nicht sein Träger berufen — denn dieser würde wohl nur zu leicht das individuelle Wohl mit dem sozialen identifizieren —, sondern die Rechtsordnung fällt das Werturteil auf Grund einer generellen, objektiven Wägung.

Die Aufgabe ist klar, ihre Durchführung aber schwierig.

Eine Wertskala der Rechtsgüter aufzustellen — Leben, Freiheit, Ehre usw. —, ist unmöglich; denn diese würde einen absoluten, unter allen Umständen gleichbleibenden Wert voraussetzen. Nun aber variiert, wie schon eine flüchtige Betrachtung der Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse zeigt, die Schätzung der Rechtsgüter so sehr, daß man von keinem behaupten kann, es sei immer und überall als das bedeutendste zu erachten, oder auch nur, es behielte einem bestimmten anderen gegenüber stets den gleichen Wert. Dieser modifizierende Einfluß der Umstände des Einzelfalls, die Rücksicht auf die mehr oder minder große Betonung der beteiligten Interessen, die unendliche Möglichkeit ihrer Kombination, weist darauf hin, daß der Maßstab nicht ein absoluter, sondern immer nur ein relativer sein kann, d. h. der Wert eines Rechtsguts bestimmt sich nach seinem Verhältnis zu dem der übrigen im konkreten Fall mitbeteiligten Interessen; entscheidend für das Überwiegen ist also der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit.

Das nach diesem relativen Maßstabe gefällte Werturteil führt notwendig zu dem Grundsatz: „Im Falle eines echten, anders nicht lösbaren Interessenkonflikts ist das verhältnismäßig geringere Rechtsgut dem bedeutenderen aufzuopfern". Das ist der Inhalt unseres Prinzips. Die Handlung, die seiner Durchführung dient, ist zwar, insoweit sie das geringere an sich geschützte Rechtsgut verletzt, sozial negativ, da sie aber zugleich ein höher zu bewertendes wahrt, sozial positiv, und dieser Charakter ist der vorherrschende: die Handlung erscheint also vom Standpunkt der Vernunft als innerlich berechtigt.

Es mag aber eine Forderung der Logik noch so selbstverständlich und berechtigt erscheinen, zu einer Norm des positiven Rechts, zum Rechtssatz, wird sie erst, wenn und insoweit zu dieser inneren materiellen Berechtigung noch ein formelles Element tritt: die Anerkennung durch die Rechtsordnung. Ja letzterer formelle Charakter ist sogar das einzig notwendige Erfordernis der Geltung; denn auch ein vielleicht unzweckmäßiger Rechtssatz verpflichtet zum Gehorsam. Recht ist eben in erster Linie als Ausdruck des Gesamtwillens Macht, wenn dieser Gesamtwille auch seinerseits durch die Vernunft geleitet sein soll.

Wenn wir also aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses einen Schluß ziehen wollen, der für das positive Recht von Einfluß sein soll, so müssen wir vorerst den Nachweis erbringen, daß unser Grundgedanke

die Anerkennung der Rechtsordnung gefunden hat. M. E. hat Rudolf Merkel[1]) diesen Beweis erbracht. Doch möchte ich immerhin an einigen der von ihm angeführten Beispielen die Geltung unseres Prinzips zu klarerem Ausdruck bringen.

Man denke z. B. nur an den Fall der großen Haverei § 700 HGB. Um Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr zu retten, kappt der Schiffer die Masten, wirft er Stücke der Ladung über Bord, greift also in die Rechte des Reeders und des Eigentümers des Gutes ein, und dennoch ist sein Tun zweifellos nicht widerrechtlich, weil das überwiegende Interesse der Erhaltung des Schiffes das kleinere Opfer rechtfertigt.

Oder ein anderes Beispiel! Die öffentlichrechtliche Enteignung. Der Schutz des Eigentums ist das Fundament unserer sozialen Ordnung, und trotzdem, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse es erfordert, benimmt die Rechtsordnung selbst dem verletzenden Eingriff die Rechtswidrigkeit.

Die Fälle in denen die Rechtsordnung unserem Prinzip offensichtlich gefolgt ist, ließen sich leicht vermehren, aber es bliebe doch immer eine mehr oder minder lückenhafte Kasuistik; überzeugend wird die Anerkennung unseres Prinzips erst, wenn wir seine Quelle in einem allgemeinen Grundgedanken entdecken: in der Relativität aller Rechte.

---

[1]) Die Kollision rechtmäßiger Interessen usw. 1895.

Der Wert der Rechtsgüter ist, wie oben gezeigt, ein relativer, und relativ ist daher auch die Wirksamkeit ihrer Schutznormen, der Rechte, die ja nur der formelle Ausdruck für die von der Rechtsordnung anerkannten Interessen sind. So sahen wir, wie mit dem Rechtsgut des Eigentums auch seine Schutznorm in bestimmten Ausnahmefällen weichen muß vor einem Interesse, das sich mit überlegener Gewalt zur Geltung bringt, und so finden wir auch bei allen anderen Rechten Lücken in ihrer konsequenten Durchführung — Ausnahmen —, denn keine Regel ohne Ausnahme.

Nur darum aber durchbricht der Gesetzgeber seine eigene Regel, nur darum gibt er das sonst geschützte Interesse hier preis, weil eben in dieser Ausnahme ein unter bestimmten Voraussetzungen überwiegendes Interesse zum Ausdruck kommt, dessen Integrität jenes Opfer fordert.

Wo also eine solche Durchbrechung einer generellen Schutznorm sanktioniert ist, können wir mit Sicherheit darauf schließen, daß sie erfolgte zur Wahrung eines überwiegenden Interesses.

So viele Ausnahmen von den Rechtsregeln, so viele Beispiele für die Geltung unseres Grundsatzes:

> Das Prinzip des überwiegenden Interesses hat also die Anerkennung der Rechtsordnung im allgemeinen gefunden.

II. Das Prinzip und die Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit im Strafrecht.

Im allgemeinen ist unser Grundgedanke der Rechtsordnung nicht fremd. Da aber seine Geltung eben nur so weit reicht als seine Anerkennung durch das positive Recht, so ist in jedem Falle, wo die Rechtmäßigkeit einer verletzenden Handlung aus diesem Prinzip hergeleitet werden soll, erst zu prüfen, ob auch gerade in diesem Falle die Anerkennung vorliegt. Bevor wir aber an die Prüfung dieser Frage bei dem Hauptgegenstand unserer Abhandlung, dem Heileingriff, herantreten, möchte ich die Behauptung aufstellen und zu beweisen versuchen, daß die meisten, wenn nicht alle Fälle, in denen nach dem heutigen Stande der Strafrechtswissenschaft die Rechtswidrigkeit als ausgeschlossen zu erachten ist, sich auf unser Prinzip als ihren gemeinsamen inneren Grund zurückführen lassen, daß also auch *hier* das überwiegende Interesse den Eingriff rechtfertigt.

Die Lösung dieses anscheinend außerhalb des Rahmens unserer Darstellung liegenden Problems hat mindestens einen *systematischen* Wert. Gelingt es uns nämlich fernerhin, die Rechtmäßigkeit des Heileingriffs auf denselben Rechtfertigungsgrund zurückzuführen, so verliert das sogen. „Operationsrecht“ seine exzeptionelle Stellung und erscheint nur als Anwendungsfall eines im allgemeinen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Grundsatzes.

Drei Momente sind zur Lösung des gestellten Problems darzutun:

ein formelles: die Anerkennung des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit durch die Rechtsordnung.

Diese kann man hier als gegeben annehmen, da nur die Fälle hier behandelt werden, in welchen Doktrin und Praxis ihr Vorhandensein als feststehend erachtet;

zwei materielle, die erst noch zu beweisen sind:

a) das Vorliegen eines echten Interessenkonflikts in all diesen Fällen;

b) dessen Lösung nach unserm Prinzip.

Von Ausschluß der Rechtswidrigkeit sprechen wir bei einem Angriff auf ein generell rechtlich geschütztes Interesse, der an sich betrachtet den Tatbestand eines Delikts erfüllt, trotzdem aber mit Rücksicht auf die besonderen Umstände der Handlung als gerechtfertigt erscheint. In dieser ausnahmsweisen Durchbrechung der generellen Norm kommt, wie wir oben gesehen, ein überwiegendes Interesse zum Ausdruck, dessen Integrität jene Aufopferung des geringeren erforderte. Denn bestände keine zwingende Notwendigkeit für diese Preisgabe, so erschiene es völlig sinnwidrig, wenn der Gesetzgeber ein Rechtsgut opferte, das er auch anderweitig erhalten könnte. Die folgende Kasuistik wird zeigen, daß sich der Gesetzgeber tatsächlich in einer solchen Notlage, in einer anders nicht lösbaren Kollision rechtmäßiger Interessen befand.

Die Anerkennung unseres Prinzips als Norm für die Entscheidung solcher Konflikte kommt in zweifacher Weise zum Ausdruck:

Entweder erscheint der Eingriff nur dann als gerechtfertigt, wenn die Prüfung des konkreten Einzelfalls ergibt, daß tatsächlich ein überwiegendes Interesse ihn erforderte,

oder die Rechtsordnung selbst erklärt generell das eine der kollidierenden Interessen dadurch zum überwiegenden, daß es unter festnormierten Voraussetzungen seine Geltendmachung auf Kosten des andern sanktioniert.

Der ersten Gruppe gehören an die zivilrechtlichen Notstandsfälle[1]) (§§ 228, 904 BGB.), in denen unser Prinzip wohl unanfechtbar zum Ausdruck kommt. Beide Gesetzesbestimmungen verlangen:

a) daß die Verletzung des einen Guts zur Erhaltung des gefährdeten „erforderlich" bezw. „notwendig"

---

[1]) Der strafrechtliche Notstand der §§ 52, 54 StGB. ist, wenn auch vielfach bestritten, nicht Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit, sondern der Schuld. Der Grund der Straffreiheit liegt hier in der Stärke der Motive, welche die Entschließungsfreiheit beeinträchtigen. Der Standpunkt der beiden Normen ist also ein durchaus subjektiver. Die Rechtswidrigkeit aber ist von einem objektiven Standpunkt zu beurteilen; es handelt sich lediglich um die Feststellung, ob ein Zuwiderhandeln gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung vorliegt. Die subjektive Not des Täters vermag der Tat den objektiv rechtswidrigen Charakter nicht zu nehmen; die Handlung bleibt rechtswidrig, ist aber entschuldbar.

ist, also m. a. W. das Vorliegen einer wahren Interessenkollision;

b) daß ferner der drohende Schaden unverhältnismäßig größer als der zu seiner Verhütung verursachte ist, m. a. W. Rechtfertigung der Verletzung durch ein überwiegendes Interesse.

Nur wenn diese beiden Momente vorliegen, ist der Eingriff rechtmäßig.

Bei den Fällen der zweiten Gruppe statuiert die Rechtsordnung ein Recht zum verletzenden Eingriff. Rechte sind aber der formelle Ausdruck für die Anerkennung eines Interesses durch die Rechtsordnung. Zum Beweise der Geltung unseres Prinzips müssen wir das der gewährten Befugnis zugrunde liegende Interesse auffinden und nachweisen, daß es vom Standpunkt einer objektiven Wertung dem Gesetzgeber gegenüber dem kollidierenden verletzten Interesse als überwiegend erscheinen mußte.

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkte die gewöhnlich angeführten Ausschlußgründe im einzelnen:

1. Wenn in Ausübung der Amts- und Dienstpflicht z. B. der Gerichtsvollzieher in das Vermögen, der Sicherheitsbeamte — oder im Fall des § 127 StPO. jeder beliebige Dritte auf Grund einer staatsbürgerlichen Befugnis — in die Freiheit, das bei Aufruhr requirierte Militär in die körperliche Integrität des einzelnen eingreift, so ist es das eminente soziale Interesse

an der Wahrung der Rechtsordnung, das die Aufopferung dieser individuellen Rechtsgüter erfordert.

2. Wenn der Soldat, der Seemann auf Grund eines verbindlichen Befehls eine an sich strafbare Übertretung begeht, so erscheint die Erhaltung des unbedingten Gehorsams wichtig genug, um selbst eine Verletzung der Rechtsordnung aufzuwiegen.

3. Bei wahrheitsgetreuen Parlamentsberichten ist das soziale Interesse an der Wahrung[1]) „der Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen und damit der fortwährenden Wechselwirkung zwischen der Volksvertretung und der Meinung der Wähler" von so hoher Bedeutung, daß die in den wiedergegebenen Äußerungen liegenden Interessenverletzungen dagegen nicht in Betracht kommen.

4. Wenn Eltern, Lehrer in Ausübung ihres Erziehungsrechtes in die Freiheit oder in die körperliche Integrität des Zöglings eingreifen, so rechtfertigt sich eine solche — natürlich maßvolle — Verletzung durch das soziale Interesse an der Heranbildung tüchtiger Menschen und Staatsbürger.

---

[1]) Liszt, Lehrb. 13. Aufl. S. 157.

5. Die Selbsthilfe wird vom bürgerlichen Recht (§§ 229—231, 859 BGB.) gewährt als ein Surrogat für die nicht rechtzeitig erlangbare staatliche Sicherung und Vollstreckung von Rechtsansprüchen. Wie im Normalfall der verletzende Eingriff des Gerichtsvollziehers (s. sub 1) gerechtfertigt wird durch das Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, so macht das gleiche Interesse, das mit dem gefährdeten individuellen sich deckt, den Notangriff zu einem erlaubten.

6. Der staatlich anerkannte Zweck schließt den an sich rechtswidrigen Charakter der zu seiner Durchführung erforderlichen Mittel aus. Der Rechtfertigungsgrund liegt auch hier darin, daß der Staat ein Interesse als überwiegend erachtet gegenüber dem um seiner Erhaltung willen verletzten Interesse. Insofern die Wahrung dieses Interesses das Ziel des verletzenden Handelns darstellt, wird sie zum „Zweck".[1])

---

[1]) Auch die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung könnte man auf unser Prinzip zurückführen, wenn auch eine gewisse Künstlichkeit dieser Konstruktion nicht in Abrede gestellt werden soll. Zwar ist es wohl möglich, daß das mit Zustimmung seines Trägers verletzte Interesse objektiv wertvoller erscheint als das durch den Eingriff gewahrte; aber nicht lediglich diesem vielleicht geringeren Interesse dient die Preisgabe des andern, sondern es wird dadurch auch ein Individualinteresse von großer Wichtigkeit erhalten: die Verfügungsfreiheit des

7. In sein Gegenteil verkehrt scheint unser Prinzip im Falle der Notwehr. Denn auch zum Schutz eines minimalen Interesses dürfen die wertvollsten Rechtsgüter des Angreifers verletzt werden.

---

einzelnen über die seiner Herrschaft unterworfenen Güter, ein Persönlichkeitsrecht von hoher Bedeutung, das die Rechtsordnung insoweit einräumt, als durch die Verfügung nicht zugleich auch soziale Interessen verletzt werden. Mit analoger Begründung könnte man auch den meist noch angeführten Ausschlußgrund Richtung der Tat gegen den Täter aus unserem Prinzip ableiten. Aber meines Erachtens gehört dieser Fall gar nicht zu den sogen. „Ausschlußgründen" der Rechtswidrigkeit. Rechtsnormen sind Schutznormen für die in ihnen zum Ausdruck kommenden Interessen; ihre Verbote richten sich gegen das Eindringen in die befriedete Interessensphäre. Der Bruch dieser Schutznorm, das Zuwiderhandeln gegen das in ihr enthaltene Verbot, macht das Wesen der Widerrechtlichkeit aus. Gehört nun ein Rechtsgut ausschließlich dem Rechtskreise seines Trägers an, so liegt, wenn es dieser selbst verletzt, darin kein Eindringen in seine Rechtssphäre — Rechtsgüter werden ja nicht um ihrer selbst, sondern um der Menschen willen geschützt —, die Schutznorm, die sich gegen den Eindringenden richtet, wird dadurch nicht verletzt. Die reine Selbstverletzung ist also an sich nicht rechtswidrig; es bedarf also nicht erst wie bei den übrigen Fällen eines „Ausschlußgrundes", der den an sich eine Schutznorm verletzenden Eingriff rechtmäßig erscheinen läßt. Anders natürlich, wenn das verletzte Rechtsgut nicht ausschließlich dem Rechtskreise eines Individuums, sondern zugleich auch einer fremden Interessensphäre angehört; denn hier verletzt sein Träger die Schutznorm dieser Sphäre — handelt also rechtswidrig —, aber auch hier nur insoweit, als sein Tun einen Angriff auf den fremden Rechtskreis darstellt. In der Richtung gegen sich selbst handelt der Täter nicht widerrechtlich.

Aber dieser scheinbare Widerspruch mit unserm Prinzip ist lösbar nicht nur de lege ferenda, sondern auch de lege lata. Zwar läßt sich nicht leugnen, daß die völlige Preisgabe der Interessen des widerrechtlichen Angreifers, die Verwirkung jeglichen Rechtsschutzes nicht mehr unserm heutigen Werturteile entspricht, daß sich bei einer Reform unseres Rechts wohl auch hier eine gewisse Verhältnismäßigkeit mehr empfehlen würde. Aber man muß an dem oben aufgestellten Satze festhalten, daß der Gesetzgeber das Werturteil zu fällen, daß er das überwiegende Interesse zu bestimmen hat, und mag auch das Resultat anders ausgefallen sein, so ließ er sich doch auch hier von unserm Prinzip leiten; denn neben dem vielleicht wesentlich geringeren Individualinteresse steht ein soziales von höchster Bedeutung: die Sicherheit des Rechtszustandes, vor allem das Vertrauen des einzelnen auf sein gutes Recht, das durch die Gestaltung der Abwehr gewahrt und erhöht wird.

So neigt sich auch hier die Wagschale zugunsten des überwiegenden Interesses. Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also, daß der Gesetzgeber in den meisten, wenn nicht allen Kollisionsfällen, die man als Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit bezeichnet, den verletzenden Eingriff sanktioniert, wenn und soweit er der Wahrung des überwiegenden Interesses dient.

III. Das Prinzip und der Heileingriff.

Kehren wir nach dieser Abschweifung zurück zu unserm Hauptproblem: Rechtfertigung des Heileingriffs durch unser Prinzip.

Unter „Heileingriff" sei jeder an sich unter den Tatbestand der Körperverletzung fallende Eingriff in die körperliche Integrität verstanden, der zur Erreichung eines medizinischen Zweckes (Heilung, Linderung, Vorbeugung, Korrektur usw.) vorgenommen wird, sei es wie gewöhnlich auf mechanischem Wege (Chirurgie) oder chemischem Wege (innerliche Medikamente) oder auf andere Weise (Elektrizität usw.) und ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde ein approbierter Arzt ist oder nicht.

Zur Lösung unseres Problems, daß wie die andern Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit auch der Heileingriff durch unser Prinzip gerechtfertigt werde, sind dieselben drei Momente wie oben darzutun:

Zwei materielle:

a) das Vorliegen eines echten Interessenkonflikts;

b) die Lösung dieses Konflikts durch den Heileingriff im Sinne unseres Prinzips.

Ein formelles:

c) die spezielle Anerkennung unseres Prinzips durch die Rechtsordnung.

Die möglichen Kollisionsfälle lassen sich in zwei Gruppen sondern:

I. In dem einen Fall, dem Normalfall, treten lediglich zwei Interessen in Widerstreit, die Integrität des Körpers und die Heilung des Patienten;

II. in Ausnahmefällen kompliziert sich dieser Konflikt noch durch das Hinzutreten eines dritten Interesses, der freien Willensbestimmung des Patienten über sein Geschick.

I. Prüfen wir zunächst am Normalfall, ob die drei oben aufgestellten Erfordernisse für den Nachweis unseres Problems vorhanden sind.

a) Liegt überhaupt eine echte Interessenkollision vor?

Zum Glück für die leidende Menschheit müssen diese beiden Interessen nicht immer einander ausschließen, sondern nur in einzelnen, wenn auch nicht seltenen Fällen geraten sie in der Weise in Widerstreit, daß die Verletzung der Körperintegrität erforderlich erscheint zur Erhaltung des Lebens, Förderung der Gesundheit, kurz: zur Erreichung des Heilerfolges. Mit andern Worten: sowohl wenn dieser auch ohne den Eingriff in gleicher Weise erzielt werden könnte, als auch wenn der Eingriff nach den Erfahrungen der Wissenschaft nichts zu ändern vermag, handelt es sich nicht um eine wahre Interessenkollision; denn diese setzt voraus, daß die Aufopferung des einen Interesses zur Wahrung des andern

nötig ist, dieses letztere also auch durch die Preisgabe des ersteren erhalten werden kann.

Daß so gelagerte Fälle vorkommen, ist nach den Anschauungen und Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft außer allem Zweifel, und nur diese Fälle einer echten, anders nicht lösbaren Interessenkollision sind Gegenstand unserer Betrachtung, nur sie können durch unser Prinzip gerechtfertigt werden.

b) Welches Interesse erscheint im Kollisionsfall als das überwiegende?

Ein generelles objektives Werturteil läßt sich im Anschluß an v. Bar[1]) formulieren. „Rationell ist aber das Opfer eines geringern Glieds, um ein umfassenderes, das Opfer eines Glieds, einer organischen Funktion, um das Leben zu erhalten. . . "

Dieses wohl feststehende Werturteil erklärt die Heilung des Patienten zum überwiegenden Interesse. Der die Körperintegrität verletzende Heileingriff dient aber der siegreichen Durchführung des im Kollisionsfall überwiegenden Interesses, ist also materiell gerechtfertigt.

c) Beansprucht dieses Urteil der Vernunft aber Geltung für das positive Recht, so bedarf es seiner formellen Sanktion durch eine der beiden Rechtsquellen: Gesetz oder Gewohnheitsrecht.

Das geschriebene Recht schweigt trotz der Bedeutung, die der Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs beizumessen

[1]) Gerichtssaal Bd. 60 S. 97.

ist, völlig über das ganze Problem, und wir dürfen sein Schweigen wohl dahin deuten, daß es einen gesetzlichen Ausspruch der Rechtfertigung des Heileingriffs für überflüssig erachtet, überflüssig aber deswegen, weil ein anerkanntes Gewohnheitsrecht den Heileingriff sanktioniert.

Bevor wir aber auf den Inhalt dieses Gewohnheitsrechtssatzes eingehen, gilt es die Vorfrage zu beantworten:

Hat das Gewohnheitsrecht überhaupt Geltung für das Strafrecht?

Viele — darunter auch v. Lilienthal[1]) — verneinen diese Frage, m. E. deswegen, weil man nicht genug scheidet zwischen dem Einfluß des Gewohnheitsrechts auf den Tatbestand einerseits und die Strafdrohung andererseits. Letztere Norm, die an den Tatbestand des Verbrechens die Rechtsfolge der Strafe knüpft, kann weder vom Gewohnheitsrecht geschaffen noch abgeändert werden: Der Satz „Nulla poena sine lege poenali" bleibt unangetastet. Der Tatbestand aber, dessen Elemente meist andern Rechtsgebieten angehören — z. B. Eigentumsbegriff beim Diebstahl —, dem Privatrecht, dessen Rechtswidrigkeit überhaupt vielfach durch diese Rechtsquellen bestimmt wird, kann sowohl hinsichtlich eines speziellen wie bezüglich eines generellen Deliktsmerkmals, insbesondere bezüglich der Rechtswidrigkeit durch das Gewohnheitsrecht beeinflußt werden.

---

[1]) Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht 1899.

Existiert aber gerade in unserm Falle ein Gewohnheitsrechtssatz, der die Rechtswidrigkeit des Heileingriffs ausschließt und was ist sein Inhalt?

Für das Vorhandensein dieses Ausnahmesatzes scheint mir ein genügendes Indiz darin gegeben, daß der Staat selbst chirurgische Anstalten errichtet, in denen unendlich viel operiert wird, ohne daß das Gesetz die Rechtswidrigkeit des Eingriffs beseitigt, daß er also gewissermaßen selbst dem von ihm besoldeten Chirurgen das Messer in die Hand gibt, und ferner darin, daß das bürgerliche Recht jenem für seine verletzende und an sich rechtswidrige Tätigkeit einen Anspruch auf Vergütung gewährt.

Dieses Verhalten des Verwaltungs- und Privatrechts ist aber nur, wie gesagt, ein Indiz, aus welchem sich auf die Existenz eines Ausnahmerechtssatzes schließen läßt, der die Voraussetzung dieser Folgen bildet. Da aber dieser Rechtssatz nicht im geschriebenen Recht enthalten ist, muß er wohl aus der anderen Rechtsquelle, dem Gewohnheitsrecht hervorgehen.

Gewohnheitsrecht muß, da es der Rechtsüberzeugung des Volkes entspringt, klar und einfach sein.

Diesen Anforderungen aber entspricht unser Grundsatz m. E. mehr als irgend ein anderer; denn was erscheint einfacher, selbstverständlicher, als daß es vernünftig und gerechtfertigt ist, ein kleineres Übel zu erleiden, um ein größeres zu verhüten?!

Heute wie vor alters besteht im ganzen Volke die Ansicht, daß man z. B. ein brandiges Glied opfern müsse

um das Leben zu erhalten; nicht erst, weil der Patient in die Verletzung willigt, sondern schon weil die Heilung des Übels sie gebieterisch erfordert, darf der Arzt zur Operation schreiten.

Die Überzeugung von der Notwendigkeit solchen Handelns und der Glaube, daß es so dem Rechte gemäß sei, wurzelt so tief im Bewußtsein des Volkes, daß, wie gesagt, die Rechtfertigung des Eingriffs als etwas „Selbstverständliches" erscheint. Und diese Überzeugung kam auch durch fortgesetzte Übung zum Ausdruck: von altersher nahm man chirurgische Eingriffe vor, weil man sie für die Heilung notwendig und darum ohne weiteres für erlaubt hielt. So alt wie die Heilkunde selbst ist somit unser Gewohnheitsrecht.

Wir kommen also zu dem Resultat:

Der Heileingriff verhilft im Falle einer Kollision zwischen Wohlfahrt und Integrität jenem überwiegenden Interesse zum Siege, und diese seine materielle Rechtfertigung durch unser Prinzip findet ihre formelle Anerkennung in einem uralten Gewohnheitsrecht.

Ist der Heileingriff aber auch gerechtfertigt im Fall des Mißerfolgs, wenn er die Integrität verletzt, ohne die Wohlfahrt zu fördern?

Die Frage ist zweifellos zu bejahen: denn wie im Fall des § 904 BGB., so ist auch hier nicht der Erfolg dafür entscheidend, ob die Schadenszufügung erforderlich

war, sondern dieses Moment der Notwendigkeit ist dadurch zu ermitteln, daß man sich auf den Standpunkt des Handelnden stellt und prüft, ob er mit Rücksicht auf die konkrete Sachlage und nach den Anschauungen der Wissenschaft diese Verletzung für erforderlich erachten durfte. Es tritt also kein durch den Erfolg bedingter Schwebezustand ein, sondern die Handlung ist von Anfang an rechtmäßig oder rechtswidrig, und dieser Charakter wird durch „nachträgliche Prognose" des durch sachverständigen Beirat unterstützten Richters festgestellt. Nach diesem Maßstab entscheidet sich die Frage der Fahrlässigkeit.

II. Das Normale ist die Übereinstimmung des Arztes und des Patienten hinsichtlich der Vornahme der Operation. In diesem Falle, wo es sich lediglich um eine Kollision zwischen Integrität und Wohlfahrt handelt, sehen wir den Heileingriff gerechtfertigt. Es kann aber auch noch ein drittes Interesse in die Kollision treten, die Freiheit der Willensbestimmung des Patienten über sein Geschick.

Der Fall wird oft genug vorkommen, daß der Kranke, sei es aus Angst vor den Schmerzen oder der Gefahr, sei es aus Mißtrauen gegen die Chirurgie überhaupt oder aus anderen Gründen, die Operation nicht dulden will, die der Arzt für notwendig erachtet. Wie nun, wenn der Chirurg den Eingriff trotzdem vornimmt? Bei der Beantwortung dieser Frage muß man m. E. von dem durch v. Liliental[1]) aufgestellten Grundsatz ausgehen: „Jeder

[1]) a. a. O. S. 50.

darf nach seiner Façon untergehen". Denn eine, wenn auch nur sittliche Pflicht, sich operieren zu lassen, wie sie Hälschner und ihm folgend der Oberreichsanwalt[1]) annimmt, kann man wohl nicht aufrechterhalten. Die Bestimmungsfreiheit über seine persönlichsten Güter darf dem Patienten nicht beeinträchtigt werden, mag sie auch seinem wahren Wohle nicht entsprechen, und ein solcher gegen den Willen des Patienten vorgenommener Eingriff wird auch allgemein als widerrechtlich empfunden.

Die Rechtswidrigkeit einer unter diesen Umständen vorgenommenen Verletzung der Integrität steht fest für die logische Erwägung und — da kein Ausnahmerechtssatz dem Heilenden eine sie ausschließende generelle Befugnis gewährt — auch für das positive Recht. Zweifelhaft aber erscheint, ob dieser im Interesse der Heilung des Patienten ausgeführte Eingriff zu strafen ist als Körperverletzung oder als Nötigung.

Soll wirklich der Chirurg, der in edelster Absicht einem aus unvernünftigen Gründen widerstrebenden Patienten den vom Brand ergriffenen Arm amputiert und ihm dadurch das Leben rettet, wegen schwerer Körperverletzung — § 224 StGB. — zu einer langen Gefängnis- oder vielleicht sogar Zuchthausstrafe verurteilt werden? In dieser Folge läge zweifellos eine unbillige Härte. Des Arztes zu weitgehender Eifer für das Wohl des

[1]) RGE. Bd. 25 S. 375 ff.

Patienten ist sicher rechtswidrig, aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung.

Denn die Rechtswidrigkeit der Verletzung der Integrität und ihr Ausschluß durch unser Prinzip bemißt sich nicht nach den subjektiven Anschauungen des Patienten, sondern nach einem objektiven generellen Werturteil. An diesem Werturteil, das, wie oben dargetan wurde, die Heilung des Patienten im Kollisionsfall als das überwiegende Interesse erklärt, vermag die abweichende individuelle Ansicht des Patienten nichts zu ändern: die Rechtswidrigkeit bleibt also, wenn der Eingriff durch die Heilung erfordert erscheint, auch in diesem Falle insoweit ausgeschlossen, als ein Angriff auf das Rechtsgut der Körperintegrität in Frage steht.

Die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit bleibt aber bestehen, soweit sich der Angriff gegen die Willensfreiheit richtet; der Arzt ist also strafbar nicht wegen Körperverletzung, sondern lediglich wegen Nötigung; denn die Nötigung steht in innigem Zusammenhang mit der Körperverletzung.

Mag man diesen Konnex als Idealkonkurrenz oder als Subsidiarität oder Konsumtion auffassen, immer wird, wenn der die Nötigung absorbierende Tatbestand der Körperverletzung nicht gegeben ist, die Nötigung selbständig hervortreten.

III. Wenn nun aber der Wille des Patienten weder mit dem des Arztes im Widerspruch steht, noch wie im Normalfall mit ihm ausdrücklich übereinstimmt, wenn

er also in keiner Weise sich kundgibt, wie ist ein unter solchen Umständen vorgenommener Heileingriff vom Standpunkt der Rechtmäßigkeit zu beurteilen?

In Frage kommen hier die so oft erörterten Fälle, wo wegen Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit usw. der Patient einen rechtlich wirksamen Willen bezüglich der Operation nicht äußern kann, anderseits aber die Gefahr, in der er schwebt, einen unverzüglichen Eingriff erfordert.

Die Lösung der Frage durch unser Prinzip ergibt sich aus den vorangehenden Erörterungen von selbst. So wenig wir bei der Besprechung des Normalfalles, wo ja die Einwilligung des Patienten tatsächlich vorliegt, die Rechtfertigung des Heileingriffs auf dieses Moment stützten, vielmehr sie unabhängig hiervon aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses entwickelten, so wenig bedürfen wir hier, wo die Einwilligung tatsächlich fehlt, etwa einer Präsumtion ihres Vorhandenseins, um die Rechtmäßigkeit einer unter solchen Umständen vorgenommenen Operation darzutun. Da der Wille des Patienten sich völlig indifferent gegenüber dem vorzunehmenden Eingriff verhält, eine Kollision also lediglich zwischen Integrität und Wohlfahrt besteht, so erscheint hier wie im Normalfall der operative Eingriff, der von diesem als überwiegend anerkannten Interesse erfordert wird, gerechtfertigt.

Überblicken wir nochmals den ganzen Versuch der Lösung des Problems und suchen wir den durch unser

Prinzip gewonnenen Maßstab für die Entscheidung der Frage in kurzen Leitsätzen zu formulieren, so kommen wir zu folgendem Resultat:

Der Heileingriff, der im Falle einer wahren Kollision zwischen Körperintegrität und Wohlfahrt des Patienten zur Wahrung des letzteren als überwiegend anerkannten Interesses nach den Anschauungen der medizinischen Wissenschaft erforderlich erscheint, ist

a) rechtmäßig ohne Rücksicht darauf, ob der Patient ausdrücklich zustimmt oder seinen Willen gar nicht äußert;

b) rechtswidrig und strafbar aber nur unter dem Gesichtspunkt der Nötigung, wenn er gegen den Willen des Patienten vorgenommen wird.

Anhang.

Im Anschluß an die Darstellung des Hauptproblems, der Rechtfertigung des Heileingriffs in seiner allgemeinen Erscheinungsform, wollen wir noch einige besonders gelagerte Fälle, die man meist in diesem Zusammenhang zu erörtern pflegt, vom Standpunkt unseres Prinzips aus betrachten:

Das Experiment, die Transplantation u. ä. und die Perforation.

I. Das Experiment.

Das Charakteristische dieses Sonderfalles liegt darin, daß der Arzt bei der Vornahme der Operation nicht den gewohnten Bahnen der Wissenschaft folgt, sondern auf neuem Wege den Heilerfolg herbeizuführen strebt.

Experimente sind unbedingt nötig, auf ihnen beruht der Fortschritt der Wissenschaft; dürften sie unter keinen Umständen gewagt werden, so wäre die Chirurgie bei ihren ersten Anfängen stehen geblieben, da sie doch ihrem Wesen nach eine empirische Wissenschaft ist.

Bei näherer Betrachtung sondern sich zwei Gruppen von Fällen, die ihrer Natur und darum auch ihrer rechtlichen Begründung nach sehr verschieden sind. Der experimentelle Eingriff kann ausgeführt werden:

a) zur Heilung des Patienten, an dem er vorgenommen wird;

b) ausschließlich zur Herbeiführung eines wissenschaftlichen Fortschrittes, und zwar an einer Person, deren Gesundheitszustand ihn nicht erfordert.

a) Unter welchen Voraussetzungen erscheint nun die erste Art des experimentellen Eingriffs gerechtfertigt? Unter den gleichen wie der Heileingriff überhaupt: hier wie dort muß es sich handeln um einen wahren Kollisionsfall; die Verletzung der Integrität muß für die Heilung nötig, die Herbeiführung dieses Erfolgs durch jenes Opfer aber auch möglich erscheinen; der Chirurg muß bei objektiver Betrachtung der konkreten Sachlage der Überzeugung sein können, daß das überwiegende Interesse der Heilung durch das Experiment sicherer gefördert werde als durch die herkömmlichen Mittel.

Nach der Übereinstimmung dieser subjektiven mit der objektiven Beurteilung des Falles bemißt sich auch hier die Rechtmäßigkeit des mißlungenen Experiments.

Daß diese Anschauung auch in dem oben statuierten Gewohnheitsrecht Aufnahme gefunden hat, läßt sich daraus entnehmen, daß von altersher Experimente unter solchen

Voraussetzungen straflos gewagt wurden und nach dem Rechtsempfinden des Volkes auch gerechtfertigt erscheinen.

b) Von dieser Art des Experiments sowie vom Heileingriff im engeren Sinn unterscheidet sich das Experiment zum *Zweck des wissenschaftlichen Fortschritts* und die beiden noch zu besprechenden Fälle fundamental dadurch, daß ihnen nicht jene für den Heileingriff charakteristische *Identität* des Trägers der kollidierenden Interessen eigen ist. Während also dort dem verletzten Individuum auch der *Nutzen* der Operation zugutekommt, stellt sich hier der Eingriff vom Standpunkt des Individuums, an dem er vorgenommen wird, lediglich als *Gesundheitsbeschädigung* dar.

Läßt sich auch dieser von dem vorher behandelten so sehr verschiedene Fall durch unser Prinzip rechtfertigen? Die Frage ist wohl zu verneinen. Angenommen, daß hier eine wirkliche Kollision zwischen dem individuellen Interesse der Körperintegrität und dem sozialen des medizinischen Fortschritts vorliegt, indem die wissenschaftliche Erkenntnis anderweitig — z. B. durch einen Tierversuch — nicht in derselben Weise gefördert werden kann, so muß man doch an der Anschauung festhalten, daß ein Eingriff in die Rechtssphäre des Individuums aus sozialen Gründen nur dann gerechtfertigt ist, wenn das zu erhaltende soziale Interesse *so überwiegend* ist, daß es die Aufopferung des individuellen unbedingt erfordert.

Im vorliegenden Fall steht aber die sichere Gesund-

heitsverletzung einer mehr oder minder großen Anzahl von Individuen der noch sehr problematischen Förderung der Heilkunde gegenüber, so daß von einem weit überwiegenden und deshalb rechtfertigenden sozialen Interesse nicht gesprochen werden kann.

Der Eingriff lediglich zum Zwecke des wissenschaftlichen Fortschritts ist deshalb in sich selbst noch nicht gerechtfertigt, kann es aber werden beim Vorhandensein eines anderen Rechtfertigungsgrundes: der wirksamen Einwilligung. Wirksam aber ist eine Einwilligung neben andern oben angeführten Erfordernissen nur, wenn sie nicht gegen die guten Sitten verstößt. Denn jede Willenserklärung, die ein Recht begründen will, bedarf dieser negativen Voraussetzung.

Damit wäre auch eine Grenze gefunden, welche der wissenschaftliche Versuch auch beim Vorliegen der Einwilligung nicht überschreiten darf. Den guten Sitten widerspricht nun die Einwilligung, die in Anbetracht des guten Zwecks und der meist edlen Motive an sich sehr sittlich erscheint, sicherlich dann nicht, wenn der voraussichtlich erreichbare Erfolg nicht in solchem Mißverhältnis zu dem Opfer steht, daß der Versuch frivol erscheint.

II. Transplantation (Transfusion usw.).

Im vorhergehenden Fall opfert sich ein Individuum zugunsten der Allgemeinheit, d. h. zugunsten einer noch unbestimmten Zahl von Leidenden; bei der Transplantation und ähnlichen Eingriffen an Gesunden duldet

das Individuum die Verletzung zum Zwecke der Heilung eines bestimmten Kranken; während aber im Falle des Experiments die Regeln der Wissenschaft überschritten werden, ist die Transplantation ein allgemein anerkanntes Mittel zur Beschleunigung der Heilung von Hautwunden.

In der hier vorliegenden Interessenkollision steht die Integrität des einen Individuums der Wohlfahrt eines anderen gegenüber. Wie nun im Falle des Experiments der mögliche Nutzen für die Allgemeinheit für nicht so überwiegend erachtet werden konnte, daß er die Verletzung des Individuums rechtfertigte, so vermag auch hier der zwar wahrscheinliche Nutzen für den bestimmten Kranken die sichere, schmerzhafte und lästige Schädigung des Gesunden nicht an sich zu einer rechtmäßigen zu machen.

Auch hier ist der Rechtfertigungsgrund in der Einwilligung zu suchen, die bei dem altruistischen Charakter des Zwecks und der geringen Gefahr sittlich und wirksam erscheint.

Wenn die beiden vorhergehenden Fälle nicht in unserem Prinzip ihre Rechtfertigung fanden, so liegt der Grund nicht in einer Schwäche der hier vertretenen Theorie, sondern im Gegenteil darin, daß jene beiden Verletzungen vom Heileingriff grundverschieden sind. Denn sie sind lediglich als Vorbereitungshandlungen der Heilung zu erachten. So steht der zur Transplan-

tation erforderliche Eingriff zum Heilerfolg nicht in näherer Beziehung wie die Verschaffung von Heilmitteln aus der Apotheke, oder der experimentelle Eingriff an einem Gesunden zur Heilung eines künftigen Kranken nicht in engerem Zusammenhang als etwa die Sektion einer Leiche, welche zur Förderung der anatomischen Erkenntnis vorgenommen wird. Der Grund dafür, daß diese Fälle meist in Verbindung mit dem Heileingriff erörtert werden, liegt in einem nur äußerlichen gemeinschaftlichen Moment: Sie sind rechtmäßige Körperverletzungen wie dieser und dienen gleich ihm der Heilung; während aber der Heileingriff unmittelbar den Heilerfolg zu bewirken erstrebt, fördern sie diesen nur mittelbar, indem sie dem Heileingriff günstigere Bedingungen schaffen.

III. Perforation.

Die Perforation steht auf der Grenze zwischen den am Kranken selbst vorgenommenen Eingriffen und der eben besprochenen Verletzung Dritter. Denn sie vernichtet das Leben der Leibesfrucht, die im Hinblick auf den ihr vom Strafrecht gewährten Rechtsschutz als ein selbständiges Wesen zu betrachten ist. Immerhin aber ist ihr Dasein doch so innig mit dem mütterlichen Organismus verbunden, daß der Eingriff, der sich gegen den Embryo richtet, sich zugleich als eine an der Mutter ausgeführte Operation, also als echter Heileingriff darstellt. Und hier,

wo es sich um einen wahren Heileingriff handelt, zeigt sich wieder die rechtfertigende Kraft unseres Prinzips.

Die Rechtmäßigkeit des Eingriffs setzt das Vorliegen einer echten Interessenkollision voraus. Diese ist nur dann gegeben, wenn nach den Anschauungen der Wissenschaft das Leben der Mutter ohne allzugroße Gefahr anders nicht zu erhalten ist als durch Zertrümmerung des Embryo. In diesem Konflikt erscheint nach objektivem Werturteil regelmäßig als das überwiegende Interesse die Rettung der Mutter. Denn das vorhandene Leben eines reifen, selbständigen Menschen hat — wie ja auch der verschiedene strafrechtliche Schutz beweist — einen höheren Rechtswert als das problematische Leben des noch ungeborenen Kindes. In einem solchen, anders nicht lösbaren Widerstreit zwischen Leben und Leben ist also der Embryo zur Erhaltung der Mutter zu opfern und der Eingriff, in dem diese Entscheidung zum Ausdruck kommt, erscheint innerlich gerechtfertigt.

Rechtswidrig aber trotz dieser Sachlage ist die Perforation, wenn sie gegen den Willen der Mutter vorgenommen wird; doch trifft den Arzt nicht die Strafe der Abtreibung (§ 220 I StGB.) — denn in dieser Hinsicht bleibt der Eingriff gerechtfertigt —, sondern die der Nötigung, da sein Tun lediglich als Verletzung der der Mutter zustehenden Bestimmungsfreiheit rechtswidrig erscheint.

Diese Lösung hat aber auch ihre formelle Anerkennung in einem seit Jahrhunderten bestehenden Gewohnheits-

recht gefunden. Denn straflos und im Einklang mit dem Rechtsempfinden des Volkes nehmen heute wie einst die Ärzte unter den dargestellten Voraussetzungen die Perforation vor, ohne daß sich ein überzeugenderer Rechtfertigungsgrund dafür entdecken ließe als

das Prinzip des überwiegenden Interesses.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.